Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XVIII.

Ein Beitrag zur Lehre über die quasi pupillaris substitutio.

Von Herrn Dr. Haimberger, Professor des Rechts an der Universität zu Lemberg.

Die Lehre von der quasi pupillaris substitutio ist bekanntlich eine der bestrittensten; und was auch Gelehrtes und Scharfsinniges in diesen Blättern hierüber gesagt wurde [1], so war dies doch noch nicht im Stande, die Meinungen zu vereinigen; ja in zwei der neuern ausgezeichneteren Lehrbücher wird Etwas behauptet, was von den beiden in diesem Archive ausgesprochenen Ansichten gänzlich abweicht [2]. Ich habe mich bestrebt, die verschiedenen Darstellungen nach dem Sinne der Verfasser mit den Quellen zu vergleichen, und während sich meine Meinung bald dieser, bald jener Ansicht zuneigte, war doch das Endresultat dieses, daß mir weder für die eine, noch für die andere überwiegende Gründe zu sprechen schienen. Es dürfte vielleicht überflüssig seyn,

fraglichen Satze übergeht; so möchte gar kein Zweifel übrig bleiben, daß die Stelle eine solche doppelte Sonderbarkeit nicht enthält.

1) Unterholzner II. Bd. 1s Heft S. 52. — v. Löhr V. Bd. 1. H. S. 105, und IX. Bd. 1. H. S. 99. — Thibaut V. B. 3. H. S. 337, und X. B. 2. H. S. 217. — Vgl. auch die Recension über Löhr's Darstellung im IX. Bande 1. Hefte des Archivs von G. F. P. in Schunks Jahrbüchern der gesammten deutschen juristischen Literatur. Erlangen V. Band 3. Heft Seite 284.

2) v. Wening-Ingenheim III. Bd. 5. Buch. §. 91 2. Aufl. Mühlenbruch III. Bd. §. 491. 1. Aufl.

noch etwas über einen Gegenstand zu sagen, über welchen ausgezeichnete und längst bewährte Rechtsforscher noch keine, über jeden wichtigen Zweifel erhabene, Lehre festzustellen vermochten, wie dies doch bereits bei vielen früher bestrittenen Gegenständen der Fall ist, z. B. bei der Emphyteuse, als dinglichen Recht an einer fremden Sache, bei Servituten, als durch bloßen Vertrag zum dinglichen Rechte erwachsend, und dergleichen; — es wäre möglich, daß die Unvollständigkeit der Quellen in diesem Punkte ein unbezweifeltes Resultat hindere, allein dessenungeachtet wage ich es, aufgemuntert durch einige Freunde, der gelehrten Welt eine neue Ansicht zur Prüfung vorzulegen, welche, soviel mir bekannt, bisher von Keinem aufgestellt wurde, und die, obwohl sie eben so wenig, als irgend eine andere, Anspruch auf unbezweifelte Richtigkeit macht, doch die Schwierigkeiten, welche den in diesem Archive aufgestellten Meinungen entgegengesetzt wurden, zu vermeiden, und theils in den Worten, theils in dem Geiste der Quellen gegründet zu seyn scheint. Wenigstens hoffe ich, bei dem Bewußtseyn, nach Wahrheit geschöpft zu haben, und bei dem Umstande, daß da, wo so verschiedene Meinungen herrschen, unmöglich alle Schriftsteller den rechten Weg eingeschlagen haben können, auf Nachsicht rechnen zu dürfen, wenn auch meine Ansicht keinen Eingang finden sollte.

Es liegt keineswegs in dem Plan gegenwärtiger Abhandlung, die ganze Lehre von der quasi pupillaris substitutio darzustellen, und es wird auf einzelne Punkte derselben nur insofern Rücksicht genommen, als es die Beantwortung der Hauptfrage erfordern wird, der Frage nämlich: was Rechtens sey, wenn mehrere Ascendenten einen Blödsinnigen *quasi* pupillarisch substituirten?

Vor Allem wird es nicht unzweckmäßig seyn, die richtigeren der hierüber bestehenden Meinungen in der Kürze anzuführen: a) v. Wening-Ingenheim behauptet in der oben angeführten Stelle, nach Donellus und andern ältern

Rechtsgelehrten, daß, wenn mehrere Aſcendenten ſubſtituirten, die Subſtitution desjenigen vorgehe, der die väterliche Gewalt hat; außerdem müſſe man annehmen, daß zuerſt die des Vaters, dann die der Mutter, dann die des väterlichen Großvaters u. ſ. w. gelte. Mit Recht bemerkt aber dagegen Unterholzner [3]), daß dieſe Beſtimmung in den Geſetzen nirgends begründet, dem Vorwurf der Willkühr nicht entgehen könne. b) Mühlenbruch ſagt in dem angeführten Paragraphen ſeines Lehrbuchs, daß im Falle, als beide Aeltern ſubſtituirten, hinſichtlich jener Güter, welche nicht von der Mutter herkommen, des Vaters Wille den Vorzug behaupte, und zur Vertheidigung dieſer Anſicht beruft er ſich theils auf das Recht des Mannes, von ſeiner Frau Ehrfurcht und Folgſamkeit zu fordern, theils darauf, daß bei einer Meinungs-Verſchiedenheit der Aeltern hinſichtlich der Erziehung der Kinder der Wille des Vaters den Ausſchlag gebe. Doch ich glaube kaum bemerken zu müſſen, daß dies nur nach einer viel zu weit ausgedehnten Analogie angenommen werden könnte. Unterholzners und v. Löhrs in dieſem Archive ausgeſprochene Meinung iſt die, daß jeder Aſcendent dem wahnſinnigen Deſcendenten nur in Beziehung auf das von ihm ſelbſt herrührende Vermögen einen Erben ernennen könne; wo im Gegentheile d) Thibaut die gewöhnliche Anſicht vertheidigt, daß eine von was immer für einem Aſcendenten gemachte Subſtitution nicht blos auf die von dem Teſtator ererbten Güter, ſondern auf das geſammte eigene Vermögen der Kinder gehe, und daß folglich die von mehreren Aſcendenten berufenen Erben im Verhältniſſe von Miterben zu einander ſtehen [4]), mit der Beſchränkung jedoch, daß der väterliche Subſtitut den von anderen Aſcendenten eingeſetzten Subſtituten in ſo weit vorgehe, als jener noch als Pupillar-Subſtitut angeſehen

3) Im Archiv II. Bande 1. Hefte Seite 61.

4) Dieſer Meinung iſt auch Makeldey in ſeinem Lehrbuche. 7te Aufl. 1827. §. 671.

werden kann [5]). Es würde wohl unnöthig seyn, die für und gegen diese zwei letzteren Meinungen streitenden Gründe anzuführen, indem sie genau in den oben citirten Abhandlungen auseinander gesetzt sind. Vorzüglich scheint aber der von Unterholzner und Löhr vertheidigten Meinung entgegen zu stehen pr. in fin. J. II. 16. „Nam moribus institutum est, ut, cum ejus aetatis sint filii, in qua ipsi *sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant*“ §. 1. „*Qua ratione* excitati etiam constitutionem posuimus in Codice nostro, ut si qui mente captos habent filios — — — — ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas eis *substituere* liceat.“ Da also nach dem Gewohnheitsrechte der paterfamilias für seinen unmündigen filiusfamilias ein Testament — welches sich nicht blos auf einen Theil des Vermögens des Unmündigen bezieht — machen kann; so fand sich Justinian bewogen, den Aeltern zu erlauben, ihren blödsinnigen Descendenten nach dem Vorbilde der Pupillar-Substitution zu substituiren, das ist, für sie ein Testament zu machen, welches sich eben so wenig, wie bei der Pupillar-Substitution nur auf einen Theil des Vermögens der Blödsinnigen beziehen kann, indem Justinian die Sätze: parentes eis faciant testamentum und liceat eis substituere, einander gleich stellt [6]). Dieser Ausdruck: ad exemplum pupillaris substitutionis gehet also nicht blos auf den Einen Punkt der Ausschließung der Querel gegen das von den Aeltern gemachte Testament, wie Niemand bezweifelt, sondern auch auf die Gleichheit der Wirkung beider Substitutionen. Aus eben dem Grunde, aus welchem der paterfamilias für seinen unmündigen filiusfamilias ein Testament machen kann, sollen auch die Aeltern überhaupt für ihre blöd-

5) Thibaut System des Pandektenrechts. Jena 1828. §. 703. Ganz folgt dieser Ansicht Seuffert in seinem Lehrbuche des praktischen Pandektenrechts. Würzburg 1826. §. 545.

6) Thibaut im Archive V. B. 3. H. S. 342.

ſinnigen Kinder teſtiren können. Hätte aber Juſtinian gewollt, daß ſich dieſes Teſtament nur auf einen Theil der Güter des Blödſinnigen beziehen ſoll; ſo würde und müßte er dies deutlicher ausgeſprochen haben, weil man ſich immer an den Hauptgrundſatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, halten muß, wenn nicht eine Ausnahme, wie z. B. bei den Soldaten, genau und deutlich bewieſen werden kann. Dieſer Gründe ungeachtet ſcheinen mir doch die Unbilligkeiten und Härte, welche v. Löhr und Unterholzner der Anſicht Thibauts entgegenſtellen, ſo bedeutend, daß man auch dieſer nur mit einigem Mißtrauen folgen kann. Aber dieſe Unbilligkeiten ſowohl, welche aus Thibauts Lehre folgen, als jene Bedenken, welche Unterholzners Meinung entgegenſtehen, verſchwinden, wenn man annimmt, daß nur jener Aſcendent gültig ſubſtituiren könne, welcher alle übrigen Aſcendenten überlebt. Den Beweis für dieſe Meinung dürfte die beſondere Modification, welche Juſtinian ſeiner Verordnung am Ende beifügt [7]), bilden. Der ſubſtituirende Aſcendent kann nämlich nicht nach Belieben, wie der paterfamilias bei der Pupillen-Subſtitution, für die blödſinnigen Deſcendenten Jemanden zur Erbſchaft berufen, ſondern muß, wenn der Blödſinnige Nachkommen hat, alle, oder wenigſtens einem derſelben, ſollten aber keine Nachkommen, wohl aber Geſchwiſter vorhanden ſeyn, welche mit dem Blödſinnigen von dem ſubſtituirenden Aſcendenten abſtammen, alle, oder wenigſtens eines von den Geſchwiſtern zum Erben einſetzen, und erſt dann, wenn auch keine ſolche Brüder oder Schweſtern vorhanden ſind, kann er was immer für eine taugliche Perſon zur Erbſchaft berufen. Die Willkühr des Teſtators iſt alſo beſchränkt, er muß auf die Kinder des Blödſinnigen, oder in deren Ermangelung auf deſſen Geſchwiſter Rückſicht nehmen. Warum nicht auch auf die Aeltern deſſelben? gibt es

7) c. 9. P. VI. 26. *de impuberum et aliis substitut.*

wohl Fälle bei dem Pflichttheile, wo Geschwister den Aeltern vorgezogen würden? — und die quasi Pupillar-Substitution, ein den Aeltern aus Menschlichkeit bewilligtes Recht [8]), sollte denselben die Befugniß geben, sich wechselsweise von der Intestaterbfolge in die Verlassenschaft eines blödsinnigen Kindes auszuschließen? Ich wüßte keinen Grund, warum der substituirende Ascendent auf die Nachkommen oder Geschwister des mente captus Rücksicht nehmen müsse, nicht aber auf die Ascendenten desselben, als weil keiner mehr am Leben seyn kann, wenn es sich um die Wirksamkeit der quasi Pupillar-Substitution handelt. Die ausgedehnte Gewalt eines paterfamilias macht es begreiflich, daß er bei der Pupillar-Substitution alle Notherben, auch die Mutter mit eingeschlossen, übergehen konnte; daß aber Justinian durch die Worte: indulgemur parentibus, diesen wechselsweise das Recht gegeben habe, einander von der Intestaterbfolge, die sie bei dem Tode ihres Kindes, wenn es keine Nachkommen hat, (welches wohl der gewöhnlichste Fall seyn dürfte) erwarten können, nach Belieben auszuschließen, kann ich mir ohne genauere Bestimmung um so weniger denken, da auch nach dem älteren Rechte die Ascendenten neben den Geschwistern zur Intestaterbfolge gelangen konnten [9]), und hinsichtlich des Pflichttheils der Vorzug der Aeltern vor den Geschwistern unbestreitbar ist [10]). Er hätte jenen durch sein indulgemur ein Schwert in die Hand gegeben, womit sie sich nach Belieben verletzen könnten. Es scheint auch die grammatische Auslegung der c. 9. für diese Ansicht zu streiten. Nachdem nämlich im Allgemeinen die Befugniß, für die Blödsinnigen zu testiren, den Ascendenten (parentibus) ertheilt wurde; so heißt es dann weiter: non liceat parenti, qui *vel* quae testatur, — — — sin vero etiam liberi testatoris *vel*

8) c 9. C. eod. „Humanitatis intuitu partibus *indulgemur*."
9) v. Löhr im Archiv X. 2. S. 170.
10) Glück Com. VII. B. S. 12.

testatrici sint, welches auf die alternative Möglichkeit nur eines Testators, mit Wirkung zu substituiren, bezogen werden zu müssen scheint. Und daß in dem Falle, als die Aeltern vorhanden sind, von einem Substitutionsrechte der Großältern keine Rede seyn könne, erhellet schon aus den Worten der Constitution: „nec *alia* proles descendentium eis sit," und „liceat hisce parentibus *legitima* portione ei vel eis relicta:" hat also jemand einen Sohn, und von diesem einen wahnsinnigen Enkel; so kann ja von einer dem Enkel zu hinterlassenden legitima nicht die Rede seyn, und doch wird dies als eine Bedingung der Substitution dargestellt.

Es dürfte vielleicht gegen diese Darstellung eingewendet werden, daß nach derselben die quasi Pupillar-Substitution häufig wirkungslos wäre, denn stürbe der Blödsinnige früher, als der letzte Ascendent; so würde die Substitution keine Wirkung haben. Doch dies hat nicht nur bei meiner Meinung Statt, sondern kann bei was immer für einer Ansicht sich leicht ereignen, denn die Wirksamkeit der quasi Pupillar-Substitution setzt, man mag von derselben was immer für eine Meinung haben, voraus, daß der blödsinnige Descendent den substituirenden Ascendenten überlebe [11]); wenn also auch Vater und Mutter substituirten, der mente captus aber von beiden stirbt; so sind beide Substitutionen kraftlos: denn daß nun die quasi Pupillar- als Vulgar-Substitution gelten soll, ist nirgends gesagt, und läßt sich auch nicht als der Analogie gemäß rechtfertigen. Zur Beleuchtung meiner Ansicht dürften endlich noch folgende Betrachtungen dienen. Bei der Pupillar-Substitution ist es begreiflich, wie sich die Gewalt des Vaters, die selbst über die Gränze seines Lebens hinausgeht, auf die erst nach seinem Tode gemachten Erwerbungen der Kinder erstrecken könne [12]); wie aber bei der quasi pupillarischen Substitution sich z. B. das Recht der Mutter, welche vor zwei

11) c. 9. C. cit. „liceat hisce parentibus, legitima portione — — — — relicta."

12) Unterholzner im Archive II. Bd. 1. H. S. 59.

Jahren ihrem blödsinnigen Sohne substituirte, und gleich darauf starb, auf das Vermögen, das der Blödsinnige von seinem Vater, der ein Jahr später ohne Hinterlassung einer Substitution starb, erstrecken sollte, läßt sich nicht begreifen. Ferner verschwinden bei einer Darstellung alle Härten und Unbilligkeiten, welche vorzüglich aus Thibauts Lehre folgen. Ich will blos auf einen Fall, welchen Unterholzner anführt [13]), Rücksicht nehmen: »Ein Wahnsinniger, dessen Vermögen hauptsächlich aus väterlichem Erbgut besteht, hat bei seinem Tode noch eine väterliche Großmutter am Leben. Der mütterliche Großvater dieses Wahnsinnigen hat aber ein Testament gemacht, welches eine substitutio für den wahnsinnigen Enkel enthält, und da der Wahnsinnige weder Kinder noch Geschwister hat, so ist bei der substitutio die Wahl auf einen ganz Fremden gefallen. Wollen wir nun annehmen, daß dieser Fremde sogar die väterliche Großmutter ausschließt, so finden wir, daß außer der Unbilligkeit, die in der Sache selbst liegt, noch etwas höchst Seltsames eintritt. Wäre die Großmutter mit Hinterlassung eines Testamentes gestorben, und hätte sie in diesem Testamente eine substitutio gemacht, so würde (nach Thibauts Lehre) der von ihm ernannte substitutus zur Erbfolge gekommen seyn, und mit dem andern, den der Großvater ernannt hat, sich getheilt haben; ihr substitutus würde also Rechte gehabt haben, die sie jetzt, da sie noch am Leben ist, selbst nicht hat.“ Diese Unbilligkeit und Seltsamkeit verschwindet, wenn man annimmt, nur die väterliche Großmutter habe in diesem Falle gültig substituiren können. Ich weiß wohl, daß eben diese zwei Gründe Unterholzner für seine Meinung anführt; doch ich kann sie ebenfalls zur Begründung der meinigen anwenden, und habe dabei, wie ich glaube, den Vortheil, daß mir das, was Thibaut gegen Unterholzner vorbringt, und was ich oben zum Theile selbst anführte, nicht entgegengestellt werden kann.

13) Archiv II. B. 1. H. S. 63, no. 3.

Und endlich, iſt uns auch der Zweck dieſer quasi Pupillar-Subſtitution nicht ganz außer Zweifel geſetzt; ſo ſcheint ſie doch vorzüglich zum Schutz gegen die rohe Habgier beſonders entfernterer Inteſtaterben angeführt worden zu ſeyn [14]). So lange aber noch Aſcendenten leben, iſt bei der natürlichen Liebe derſelben zu ihrem Sprößling für den Blödſinnigen keine Gefahr zu beſorgen [15]). Und ſomit erſchiene auch meine Anſicht nach dem Zwecke des Inſtitutes gerechtfertigt.

XIX.

Was hat der deutſche Proceß im Ganzen und im Detail durch die neuere doktrinelle und legislative Behandlung gewonnen?

insbeſondere

I. Reſultate der Forſchungen über die geſchichtliche Ausbildung des gemeinen deutſchen Proceſſes.

II. Ausbeute der Forſchungen über die Gegenſtände des Civilproceſſes.

Von Mittermaier.

(Fortſetzung des Aufſatzes Nro. VIII. in Band XII. Heft 1.)

Die proceßualiſche Literatur der neuern Zeit iſt zwar arm an Monographieen geblieben; (wir führen die erſchienenen

14) Thibaut im Archiv X. B. 2. H. S. 218—221.

15) „Das römiſche Recht hat von jeher der älterlichen Liebe vor Allem getraut“ ſagt Thibaut im Archive V. B. 3. H. S. 341, und Juſtinian ſelbſt im c. 7. pr. P. V. 70. *de curat. furios.*: „Quis enim talis affectus extraneus inveniatur, ut vincat *paternum*? vel cui alii credendum est rei liberorum gubernandas *parentibus* derelictis?